Die Wirkung der Kündigung aus § 8 der Kartellverordnung vom 2. November 1923 bei der Kartell-Ges. m. b. H.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Otto Homann
Gerichtsassessor in Herford.

Greifswald
Buchdruckerei Hans Adler Inh.: E. Panzig & Co.
1931

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555425_0107

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher und Kommentare:

Brodmann: Gesetz betreffend die G.m.b.H. Berlin, erste Auflage 1924, zweite Auflage 1930.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1929. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse.

Feine: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts. 1929.

Fischer, Robert: Aktienrecht in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts. 1929.

Höniger: Gemischte Verträge in ihren Grundformen. Mannheim 1910.

Isay: Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht. Berlin 1922.

Merzbacher: Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. München 1928.

Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betr. die G.m.b.H. Berlin 1926.

Scholz: Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz 1928.

II. Kommentare zur Kartellverordnung:

Blum: Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts. Mannheim 1925.

Flechtheim: Organisation der Kartelle. Berlin 1923.

Friedländer: Das Kartellaufsichtsgesetz. Berlin 1924.

Goldbaum: Kartellrecht und Kartellgericht. Berlin 1926.

Hausmann-Holländer: Kartellverordnung. München 1925.

Isay-Tschiersky: Kartellverordnung. Mannheim 1930.

Klinger: Die Zuständigkeitsgebiete des Reichswirtschaftsgerichts und Kartellgerichts. Berlin 1924.

Lehnisch-Fischer: Das Kartellgesetz. Berlin 1924.

III. Zeitschriften und Entscheidungen:

Deutsche Juristenzeitung Jahrgang 1924/1925.

Juristische Wochenschrift Jahrgang 1924/1927.

Jherings Jahrbücher über die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 74.

Kartellrundschau Jahrgang 1924-1927.

Leipziger Zeitschrift Jahrgang 1912, 1920, 1924.

Sächsisches Archiv Jahrgang 1912.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 74—114.

Sammlungen der Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts herausgegeben vom Reichsverbande der deutschen Industrie. Bd. 1—50.

Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht. Bd. 72 und 89.

§ 1.

Einleitung.

Der Zweck der Kartelle liegt im Schutz der selbständigen Unternehmer gegen die Gefahren des freien Wettbewerbs. Diese verbinden sich zu einem gemeinsamen Vorgehen, um durch Ausschaltung des freien Wettbewerbs untereinander den Markt entscheidend zu beherrschen.[1]) Erreicht wird ihr Ziel dadurch, daß sie auf den Umfang der Erzeugung, auf die Preise oder den Absatz von Erzeugnissen bestimmend einwirken. Je nach der Art dieser Einwirkung unterscheidet man wohl Konditionskartelle, Preiskartelle, Absatzkartelle, Einkaufskartelle usw. Die überwiegende Zahl der Kartelle wird für die Absatzregelung gegründet.[2]) Die den einzelnen Mitgliedern für ihre Erzeugnisse zustehenden Absatzrechte werden auf die Organisation des Kartells übertragen, das nun seinerseits die Erzeugnisse auf den Markt bringt und zum Weiterverkauf anbietet.

Eine besondere Rechtsform für diese Kartelle hat die Entwicklung des deutschen Kartellwesens, die sich seit mehr als 50 Jahren verfolgen läßt, nicht herausgebildet. Die den besonderen Bedürfnissen der Kartelle angepaßte Rechtsform haben wir in unserem geltenden Recht nicht. Eine solche ideale Form der juristischen Organisation des Kartells, die alle wirtschaftlich wünschenswerte Möglichkeiten eröffnete, fehlt.[3]) Man hat sich damit abgefunden, die vom bürger-

---

1) Nach langen Diskussionen hat sich in der Literatur eine ziemliche Uebereinstimmung über den Kartellbegriff im obigen Sinne herausgebildet, vergl. Isay, Studien im privaten und öffentl. Kartellrecht S. 9; ferner *Hirsch:* Die rechtliche Behandlung der Kartelle S. 33 ff.

2) *Isay-Tschierschky:* Kartellverordnung S. 39.

3) *Friedländer:* Das Kartellaufsichtsgesetz S. 22; *Flechtheim:* Organisation der Kartelle S. 7/8; *Isay:* Studien S. 22.

lichen Recht geschaffenen Rechtsgebilde, den rechtsfähigen Verein, die Gesellschaft des BGB., die Ges. m. b. H. usw. den Zwecken der Kartellbindung entsprechend brauchbar zu machen. Jede dieser genannten Rechtsformen hat einige dem Kartell günstige Seiten, aber auch ihre Nachteile.[4])

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und der nichtrechtsfähige Verein haben zwar den Vorzug, daß sie von jeder Förmlichkeit der Gründung befreit sind, formlos neue Mitglieder aufnehmen und auch aus wichtigem Grunde gekündigt werden können. Es haftet diesen beiden Gebilden aber der nicht zu verkennende Nachteil an, daß sie keine juristischen Personen sind, also auch im Rechtsleben als solche wirksam nicht auftreten können.

Dieser letzte Nachteil ist zwar nicht dem in Form des rechtsfähigen eingetragenen Vereins geschlossenen Kartell eigen. Da aber das Ziel eines Vereins nicht ein wirtschaftlicher Zweck sein kann, so ist bei diesen Gebilden der Vertrieb der kartellierten Erzeugnisse ausgeschlossen.

Man hat deswegen in der Praxis am häufigsten die Form der Ges. m. b. H. gewählt,[5]) und es ist bezeichnend für sie, daß sie die dauerhafteste aller Kartellformen ist. Die Möglichkeit, sie als Kartell zu benutzen, gibt die Vorschrift des § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes. Hiernach kann den Gesellschaftern außer den Kapitaleinlagen noch die Verpflichtung zur Lieferung ihrer Erzeugnisse an das Kartell im Gesellschaftsvertrage auferlegt werden, während die Gesellschaft den Verkauf an die Konsumenten übernimmt.[6])

Die verschiedene juristische Gestaltung der Kartellrechtsformen bedingt natürlich auch eine entsprechend verschiedene rechtliche Behandlung. Kartelle in der Form eines rechtsfähigen Vereins unterlagen den Bestimmungen der

---

4) *Jsay:* a. a. O. S. 22.

5) Von den in der Denkschrift über das Kartellwesen, bearbeitet im Reichsamt des Innern von 1906—1908 aufgezählten 385 Kartellen waren allein 166 Gesellschaften m.b.H.

6) So heißt es z. B. im § 13 des Statuts des Rhein.-Westf. Zementsyndikates: Die Gesellschafter sind verpflichtet, ihren Zement ausschließlich der Gesellschaft zum Verkauf zu überlassen. Vgl. im einzelnen über die verschiedenen Organisationsformen: *Flechtheim*: Die rechtliche Organisation der Kartelle.

§§ 21 ff. BGB.; Kartelle in Form der Ges. m. b. H. den besonderen Bestimmungen des G.m.b.H.-Gesetzes.

Dementsprechend mußte auch die Frage, ob ein Kartell gekündigt werden konnte, vor Inkrafttreten der Kartellverordnung nach den für die einzelnen Rechtsformen geltenden Bestimmungen (§ 39 BGB.; § 723 BGB.; § 61 G.m.b.H.-Ges.) beantwortet werden.

In diesen Rechtszustand hat die Kartellverordnung eingegriffen, ohne im übrigen ein neues Kartellrecht zu schaffen. Sie hat sich andererseits aber auch nicht damit begnügt, lediglich die bisher geltenden Rechtssätze zusammenzufassen, sondern sie hat diejenigen Rechtsbeziehungen herausgegriffen, deren Regelung sie zur Durchführung ihrer Zwecke für erforderlich hielt.[7])

So ist zu verstehen, daß in der Verordnung nicht alle Zweifelsfragen berücksichtigt sind, und daß das Verhältnis der Bestimmungen der Verordnung zu den neben ihr geltenden Vorschriften des bürgerlichen Gesellschaftsrechts nicht immer klar ist.

Nach § 8 der Kartellverordnung (VO) vom 2. 11. 1923 können Verträge und Beschlüsse der in § 1 bezeichneten Art von jedem Kartellmitglied gekündigt werden, falls ein wichtiger Grund vorliegt. Diese der Kündigung unterliegenden Verträge und Beschlüsse sind nach § 1 der VO. solche, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen oder ähnliche Abmachungen). Diese Begriffsbestimmung gab den Anlaß zu der Streitfrage, was unter einem Vertrage der im § 1 bezeichneten Art, der gemäß § 8 der Kündigung unterliege, zu verstehen sei. Sollte unter die Definition des § 1 der gesamte Gesellschaftsvertrag fallen, sofern er nur eine der oben bezeichneten Kartellverpflichtungen zum Mitinhalt hatte, oder nur der engbegrenzte Kartellvertrag, d. h. nur der Teil des Gesamtvertrages, der die im § 1 bezeichneten Verpflichtungen zum Inhalt hatte. Im ersteren Falle schiede das kündigende Mitglied sofort als Gesellschafter gänzlich aus dem Verbande aus; im letzteren Falle würde es nur von den

---

7) *Lucas:* in DJZ. 1925 S. 38.

typischen Kartellpflichten entbunden, bliebe aber im übrigen Gesellschafter des Kartells. Entsprechend dieser Auslegung des § 1 der VO. entscheidet sich auch die Frage, inwieweit die Kündigung des § 8, der auf § 1 zurückgreift, sich erstreckt.

Es zeigte sich in der Praxis schon kurz nach Inkrafttreten der Verordnung, daß diese Fage von großer praktischer Bedeutung war. Denn ein Kartell wird oft — je nach seiner Art — nicht allein der Regelung der Verkaufsbedingungen oder dem Verkauf der kartellierten Erzeugnisse dienen, sondern seine Macht kann auch in einem Bestand an größeren Vermögenswerten beruhen. Ein Kartell kann z. B. über ein großes Stammkapital verfügen,[8]) Eigentümerin großer Lagerhäuser und Grundstücke sein, oder wie im Fall No. 9 der Sammlung der Entscheidungen des Kartellgerichts ein wertvolles Patent besitzen, dessen Benutzung nur den Mitgliedern gestattet ist. Oder man nehme weiter den Fall, daß die Kartell-Ges. m. b. H. nicht lediglich ein freies Kartell ist, sondern gleichzeitig auch ein Arbeitgeber- oder Fachverband.[9]) Dieses Kartell betreibt dann nicht nur die Preis- und Absatzpolitik, sondern es nimmt auch als Arbeitgeberverband die Interessen der Gesellschafter wahr.

Unter diesen Umständen ist es verständlich, daß das kündigende Mitglied nur von seinen Kartellpflichten befreit sein will, im übrigen aber Mitglied des Verbandes bleiben möchte.

Die Entscheidung dieser Frage hängt jedoch von der im folgenden zu erörternden Einwirkung der Kündigung auf die Kartell-Ges. m. b. H. ab.

---

8) Es sei an dieser Stelle an das bekannte Rheinisch-Westfälische Kohlensyndikat erinnert.

9) Entscheidung No. 6 der bezeichneten Sammlung.

§ 2.

Die Rechtsprechung des Kartellgerichts bis zur Entscheidung vom 3. 3. 1924.

Das Kartellgericht hat sich schließlich der Ansicht, daß sich die Wirkung einer Kündigung aus § 8 der VO. nur auf die Kartellverpflichtungen erstrecke, angeschlossen. Bevor es jedoch diese klare und bestimmte Stellungnahme in seinen Entscheidungen vom 14. 1. 1925 und vom 5. 2. 1925 angenommen hat, war seine Rechtsprechung schwankend und vor allem unklar.[1])

Schon in seinem ersten Beschluß vom 7. 1. 1924[2]) hätte das Kartellgericht Gelegenheit gehabt, sich mit der Frage der Wirkung der Kündigung zu befassen. Zur Entscheidung stand der Fall des als Kartell-Ges. m. b. H. organisierten Hefeverbandes. Die Bestimmungen, die den organisatorischen Teil des Verbandes betrafen, waren im Gesellschaftsvertrage selbst geregelt. Die typischen Kartellverpflichtungen, d. h. „die auf die Ablieferung und den Vertrieb der Ware bezüglichen Rechte und Pflichten der Gesellschafter" waren in der sog. Uebereinkunft, die als Anlage zum notariellen Protokoll aufgenommen war, festgelegt. Der Hefeverband besaß ein wertvolles Patent, dessen Benutzung nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nur den Mitgliedern der Kartell-Ges. m. b. H. gestattet war. Mit Rücksicht hierauf hatten einige Gesellschafter, um im übrigen Mitglieder der Ges. m. b. H. zu bleiben, nur die Uebereinkunft, die also nur die typischen Kartellpflichten enthielt, gekündigt, andere Gesellschafter dagegen den Gesellschaftsvertrag nebst Uebereinkunft.

Das Kartellgericht hätte also schon hier zu entscheiden gehabt, ob auch die Kündigung der Kartellverpflichtungen (der Uebereinkunft) oder nur die Kündigung des ganzen Ge-

---

1) Grundlegend hat das Kartellgericht sich zwar schon in der Entscheidung vom 3. 3. 1924 ausgesprochen. Da aber diese sowohl wie die nachfolgenden Entscheidungen diesen Standpunkt im Tenor nicht klar erkennen ließen, konnte der Beschluß vom 3. 3. 1924 auch nicht eine endgültige klare Stellungnahme begründen. Vgl. hierzu den Tenor der Entsch. 45, 47 und 48 der Sammlung.

2) Entsch. Nr. 1 der Sammlung.

sellschaftsvertrages zulässig war. Diese Frage wurde jedoch in diesem Beschluß nicht entschieden.[3])

Das Kartellgericht hat in dieser Entscheidung nur die Frage geprüft, ob der § 8 der VO. auf sämtliche Kartellformen ohne Unterschied der Rechtsformen Anwendung finde, und diese Frage als dem Zweck der Verordnung entsprechend bejaht. Die Kernfrage jedoch, *inwieweit* die Kündigung sich auswirke, ob sie den ganzen Gesellschaftsvertrag oder nur die Uebereinkunft ergreife, hat das Kartellgericht nicht entschieden.

Trotzdem hat es in dem Tenor dieser Entscheidung „die Kündigung des am 18./19. 2. 21 abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag nebst Uebereinkunft für zulässig erklärt". Dieser Wortlaut scheint auf den ersten Blick dafür zu sprechen, daß nach Ansicht des Kartellgerichts die Kündigung sich auf den ganzen Gesellschaftsvertrag erstreckt, die nur auf den die typischen Kartellpflichten enthaltenden Teil, und daß die Folge das Ausscheiden des kündigenden Mitgliedes sei. Diese Ansicht ist auch von Jacusiel[4]) und Friedländer[5]) vertreten worden. Die Fassung des Tenors dieser Entscheidung sollte jedoch eine grundsätzliche Stellungnahme zu der Frage der Wirkung der Kündigung nicht zum Ausdruck bringen. Vielmehr handelt es sich hier nur um eine unklare Ausdrucksweise. Dies ergibt sich insbesondere aus den Gründen des Beschlusses, in dem das Gericht diese Frage nicht erörtert hat, sie also auch bewußt im Wortlaut des Beschlusses nicht zum Ausdruck bringen konnte.

In den weiter folgenden Beschlüssen ist diese anfänglich unklare Stellungnahme beibehalten. So heißt es: „Die Kündigung des Gesellschaftsvertrages,[6]) die Kündigung der Mitgliedschaft[7]) oder die Kündigung des dem Syndikat zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrages[8]) waren zulässig".

Auch die Entscheidung vom 11. 2. 24[9]) ist noch unklar.

3) Erst in der Entsch. vom 3. 3. 24 (§ 3), der derselbe Tatbestand zugrunde liegt, nimmt das Kartellgericht grundsätzlich zu dieser Frage Stellung.

4) LZ. 24 S. 674.

5) *Friedländer* a. a. O. S. 44.

6) Entsch. Nr. 3, 4, 5 und 6 der Sammlung.

7) Entsch. Nr. 3 der Sammlung.

8) Entsch. Nr. 4 der Sammlung.

9) Entsch. Nr. 6 der Sammlung.

In diesem Falle hatten einige dem Kartell angeschlossene Firmen nur die Befreiung von dem die Kartellbindung enthaltenden Gesellschaftbeschlusse verlangt, wollten aber im übrigen dem Verbande treu bleiben; zwei weitere Firmen hatten „völlige Befreiung von dem Gesellschaftsvertrage" verlangt. Auch hier noch wird die Kündigung des *Gesellschafts*vertrages für zulässig erklärt.

---

§ 3.

Die Entscheidung des Kartellgerichts vom 3. 3. 1924.

Eine grundlegende Stellungnahme enthalten erst die Beschlüsse vom 3. 3. 1924 und 12. 3. 1924. Der erstgenannten Entscheidung liegt derselbe Tatbestand wie der in § 2 dargelegten Entscheidung No. 1 der Sammlung zugrunde. Auf Grund der in dieser Entscheidung für zulässig erklärten Kündigung des Gesellschaftsvertrages nebst Uebereinkunft hatten andere Mitglieder dem Verbande ihrerseits die Kündigung ausgesprochen, die sich aber nur auf die sog. Uebereinkunft beschränkte.[1])

Dieser Beschränkung der Kündigung auf die Uebereinkunft trat der Verband mit folgender Begründung entgegen: Die Uebereinkunft habe keine selbständige Bedeutung, sie sei nur ein Teil des Gesellschaftsvertrages. Daraus gehe hervor, daß dieser ohne die Uebereinkunft irgend einen Sinn überhaupt nicht habe; ohne die Uebereinkunft könne ein Geschäftsbetrieb überhaupt nicht geführt werden; der Verband würde sich dann nur des Besitzes und der Verwaltung seines Vermögens erfreuen. Das Ergebnis könne demnach nur sein, daß der Gesellschaftsvertrag mit der Uebereinkunft ein einheitliches Ganze bilde und die Uebereinkunft ein Bestandteil des Gesellschaftsvertrages sei. Auf solche *Teile* von Verträgen erstrecke sich aber die Wirkung der Kündi-

---

1) Diese Entsch. ist zwar grundlegend, kann jedoch mit Rücksicht auf die ihr nachfolgenden Beschlüsse nicht als diejenige bezeichnet werden, die die eindeutige Stellungnahme erkennen läßt. Vgl. dazu § 2 S. 7 Anm. 1.

gung aus § 8 der Verordnung nicht. Dies sei im Falle des § 7 Abs. 2 möglich, nicht aber im Falle des § 8.

Dieser Ansicht gegenüber hat das Kartellgericht den gegenteiligen Standpunkt eingenommen und die *Wirksamkeit einer Kündigung aus § 8 nur auf die typische Kartellbindung des Kartellvertrages im technischen Sinne erstreckt.* Das Gericht begründet diese Ansicht folgendermaßen: Die Tatsache, daß die Uebereinkunft einen Bestandteil des der Ges. m. b. H. zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrages bilde, stehe der Kündigung der Uebereinkunft nicht entgegen. Unter § 8 fielen nur solche Verträge, die Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, d. h. die typische Kartellbindung enthielten. *Nur* diese vertragsmäßigen Kartellbindungen, die den Inhalt des Kartellvertrages bestimmen, wolle die Kartellverordnung der Kündigung unterwerfen und nur von ihnen das durch den Kartellvertrag gebundene Mitglied befreien. Seien daher, wie in der vorliegenden Uebereinkunft, die Kartellverpflichtungen in einem besonderen, wenn auch mit dem Gesellschaftsvertrag der Ges. m. b. H. verbundenen (Kartell-) Vertrag geregelt,[2]) so könne sich eine auf § 8 gestützte Kündigung wirksam nur auf den typischen Kartellvertrag erstrecken; die Ges. m. b. H. sowie der ihr zugrunde liegende Gesellschaftsvertrag blieben von der Kündigung des Kartellvertrages rechtlich unberührt. Die Frage, wie sich das Verhältnis der auf Grund der Kündigung ausgeschiedenen Mitglieder zu der Ges. m. b. H. gestalte, sei nicht nach der Verordnung und von dem Kartellgericht, sondern nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden.

Diesen Standpunkt hat das Kartellgericht in der Entscheidung No. 13 der Sammlung, einen Fall, in dem das kündigende Mitglied sich nur von den die Kartellverpflichtungen enthaltenen Bestimmungen V—VIII des Gesellschaftsvertrages lossagte, beibehalten.

---

2) Hier wird also der die Kartellverpflichtung enthaltene Vertragsabschnitt als der eigentliche Kartellvertrag im engeren technischen Sinne bezeichnet.

§ 4.

Die Rechtsprechung nach der Entscheidung vom 3. 3. 1924.

Die späteren Entscheidungen sind wieder unklar, denn das Kartellgericht spricht sowohl im Tenor wie auch in den Gründen immer noch von der Kündigung des einheitlichen Gesellschaftsvertrages: so z. B. in den Entscheidungen No. 14, 26 und 33 der Sammlung. In den Entscheidungen No. 11 und 29 wird sogar die Kündigung der Mitgliedschaft für zulässig erklärt.

In diesen Beschlüssen kann man jedoch nicht mit Friedländer[1]) eine Aenderung der grundsätzlichen Ansicht des Kartellgerichts erblicken. Die von ihm zum Beweis zitierte Entscheidung No. 11 der Sammlung kann seine Meinung nicht begründen. Das Gericht hatte hier zu prüfen, ob im Rahmen des § 8 der VO. ein wichtiger Grund zur Kündigung vorlag. Deshalb mußte es auch den Verbandszweck und sonstige organisatorische Bestimmungen erörtern. Diese Prüfung fällt jedoch lediglich in den Rahmen, ob die vorgebrachten Gründe die ausgesprochene Kündigung rechtfertigten.

Erst die Entscheidungen No. 42 und 45 lassen wieder die in dem Beschlusse No. 9 dargelegte Ansicht klar erkennen. Es wird scharf unterschieden zwischen dem Gesellschaftsvertrag und dem die Kartellverpflichtungen enthaltenden eigentlichen Kartellvertrage im technischen Sinne; sogar die Parteien stellen ihre Anträge hierauf[2]). Das Kartellgericht ist nunmehr dazu übergegangen, im Tenor seiner Entscheidungen „die nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Kartellverpflichtungen als wirksam gekündigt zu erklären". In diesem Sinne heißt es in der Entscheidung No. 45: „Wie vom Kartellgericht in der Entscheidung vom 3. 3. 1924 dargelegt, lassen zwar die Vorschriften des GmbH-Gesetzes eine Kündigung des Gesellschaftsvertrages nicht zu,

1) *Friedländer:* a. a. O. S. 114.

2) In der Entscheidung Nr. 44 heißt es: „Deshalb kann von einer fristlosen Kündigung der Kartell*bindung* keine Rede sein"; Entscheidung Nr. 49: „Die Vorschriften der Kartellverordnung sind auf die Kündigung dieser Kartell*bindung* anzuwenden"; Entscheidung Nr. 42: „Die Firma war deshalb von den Bindungen des die Kartellverpflichtung enthaltenden Nebenvertrages zu befreien".

schließen aber andererseits die durch § 8 eingeführte fristlose Kündigung der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Kartellbindung nicht aus. Von dieser Entscheidung abzugehen, bietet eine nochmalige Prüfung keinen Anlaß". Damit ist der Standpunkt des Kartellgerichts definitiv festgelegt.

---

§ 5.

Die Anhänger der kartellgerichtlichen Auffassung.

Die vom Kartellgericht vertretene Auffassung ist von seinen Präsidenten, Dr. Lucas, damit begründet worden[1]), daß die Kartellverordnung den *Kartellvertrag* als eine *neue selbständige Vertragskategorie* geschaffen und ihn einer besonderen rechtlichen Behandlung unterworfen habe. „Nur so könne die vom Gesetzgeber gewollte Unkündbarkeit der Ges. m. b. H. aufrecht erhalten und dabei doch das den einzelnen durch die Verordnung verliehene Kündigungsrecht durchgeführt werden".

Die von Lucas dargelegte Ansicht des Kartellgerichts hat in der Literatur ihre Anhänger, aber auch ihre Gegner gefunden. Zu ihren Vertretern kann sie besonders Lehnich-Fischer,[2]) Roth,[3]) Klinger,[4]) Blum,[5]) Breslauer,[6]) Hausmann-Holländer[7]) und Brodmann[8]) zählen; zu ihren Gegnern Friedländer,[9]) Jacusiel,[10]) Goldbaum,[11]) Löwenberger,[12])

---

1) D.J.Z. 24, S. 425 und 25 S. 38.

2) *Lehnisch-Fischer:* Das Kartellgesetz. 1924, Anm. 8 zu § 1; Anm. 7 zu § 8.

3) *Roth:* Sächsisches Archiv 1912 S. 412.

4) *Klinger:* Die Zuständigkeitsgebiete des Reichswirtschaftsgerichts und des Kartellgerichts. 1924. S. 128.

5) *Blum:* Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts. 1925, S. 101.

6) *Breslauer:* Kartellrundschau 1924, Heft 1.

7) *Hausmann-Holländer:* Kartellverordnung 1925. S. 27.

8) *Brodmann:* Gesetz betr. die Ges.m.b.H. 1924 Anm. 8 zu § 3.

9) *Friedländer* a. a. O. S. 47 ff.

10) *Jacusiel* LZ. 1924, S. 674.

11) *Goldbaum:* Kartellrecht und Kartellgericht. 1924. S. 46.

12) *Löwenberger* Z.f.H.R. 89 S. 340 ff.

Krakenberger[13]), Feine[14]) und besonders Jsay-Tschierschky.[15])

Die Vertreter der kartellgerichtlichen Auffassung haben sich der von Lucas entwickelten Theorie von der selbständigen Vertragsart des Kartellvertrages angeschlossen. Sie sehen sämtlich diesen sog. typischen Kartellvertrag als einen besonderen zu den im BGB. vorhandenen Vertragsarten neu hinzu geschaffenen Vertragstypus an. Die Vorschriften der Verordnung seien nur auf diese Kartellverpflichtungen zugeschnitten. Wieweit Aufhebung dieser Abmachungen auf die übrigen Bestimmungen des Kartellvertrages einwirke, sei nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen.

Von den genannten Anhängern nehmen Lenich-Fischer, Roth, Blum und Buchholz eine besondere Stellung ein, da sie mit etwas abweichender Begründung zu diesem Ergebnis kommen.

Lenich-Fischer gehen davon aus, daß man bei den in Form der Ges. m. b. H. geschlossenen Kartellen *nicht* die juristische Person als Ganzes unter die Kartellverordnung bringen könne; denn eine juristische Person sei kein Vertrag. Die zur Umgehung dieser Schwierigkeit benutzte Konstruktion, daß die juristische Person Vertragscharakter habe, da sie ihren Ursprung dem Vertrage verdanke, sei verfehlt, gehe auch über die praktischen Bedürfnisse hinaus. Daraus folge aber nicht, daß bei den Kartellen in Form einer juristischen Person mit Nebenleistungspflichten diese nicht unter die Verordnnung fielen. „Vielmehr sei die Nebenleistungsverpflichtung und lediglich diese als Vertragspflicht im Sinne des § 1 aufzufassen".[16]) Die Folge davon sei, daß nur diese als Sonderverpflichtungen zu betrachtenden Nebenleistungen unter die Verordnung fielen und daher selbständig gekündigt werden könnten.[17])

Etwa dieselbe Begründung führen auch Blum und Roth ins Feld, indem sie im Anschluß an Kaufmann das Sonderleistungsverhältnis, das rechtlich von der Stammeinlage ver-

---

13) *Krakenberger* Rundschau f.G.m.b.H. 1926, 108.
14) *Feine* a. a. O. S. 347.
15) *Jsay-Tschierschky* Anm. 60 zu § 8.
16) *Lehnisch-Fischer* Anm. 8 zu § 1.
17) *Lehnisch-Fischer* Anm. 5c zu § 4.

schieden behandelt wird, als ein selbständiges Rechtsverhältnis innerhalb des Vertrages auffassen. Die Pflichten zur Leistung der Kapitaleinlagen folgen den strengen Bestimmungen des Ges. m. b. H.-Gesetzes; die Bestimmungen über die Nebenleistungen unterlägen nicht diesen zwingenden Vorschriften. Deshalb sei auch das die Kartellverpflichtungen enthaltende Nebenleistungsverhältnis selbständig kündbar.[18])

Roth kommt zu diesem Ergebnis im Wege der Analogie. Durch eine entsprechende Anwendung des § 7 Abs. 2 sei dem Kartellgericht die Möglichkeit gegeben, die Kündigung nur auf einen Teil, also den typischen Kartellvertrag zu erstrecken, im übrigen aber den Gesellschaftsvertrag bestehen zu lassen. Ohne daß es deshalb einer besonderen verwickelten Konstruktion bedürfe, könne das Kartellgericht in unbilligen Fällen immer hiervon Gebrauch machen.

---

§ 6.

Die Gegner der kartellgerichtlichen Ansicht.

Gegen die vom Kartellgericht vertretene engere Auslegung hat sich sofort nach Inkrafttreten der Verordnung Friedländer in seinem Kommentar „Das Kartellgerichtsgesetz“ gewendet. Nach ihm ist im Sinne der Verordnung unter Kartellvertrag der *Gesamtvertrag,* also sowohl der organisatorische Teil, wie die eigentliche Kartellbindung zu verstehen.[1]) Hierfür spreche die natürliche Anschauungsweise und die Entwickelung des bisherigen Rechtszustandes.

Dies ist seine *grundsätzliche* Einstellung. Ausnahmsweise ist die Beschränkung der Kündigung auf die Kartellbindung nach ihm infolge des besonderen Charakters der Ges. m. b. H. für die Kartell-Ges. m. b. H. und die Doppelgesellschaft erforderlich. Die Einschränkung ergibt sich aus der Garantiefunktion der Kapitaleinlage. Denn „derart zwin-

---

18) *Hausmann-Holländer* fassen unter die Begriffsbestimmung des § 1 der Verordnung nur Vereinbarungen, deren begriffswesentlicher Bestandteil im Gegensatz zum Trust die Kartellbestimmung ist, d. h. die Bindung bestimmte Bedingungen und Preise innezuhalten, nur an bestimmte Kunden zu liefern usw.

1) Vorbemerkung vor §§ 1—9, II, 3; ferner S. 49.

gende Grundsätze des Gesellschaftsrechtes könnten durch ein wirtschaftliches Gesetz, wie die Verordnung es sei, nicht beseitigt werden“[2]). Dies aber sei der Fall, wenn ein Mitglied auf Grund des § 8 der VO. gänzlich aus der Ges. m. b. H. ausscheidet.

Ferner will Friedländer seinen Grundsatz noch insofern einschränken, als er es in das Belieben des kündigenden Kartelmitgiedes stellt, die Kündigung nur auf die Kartellbindung oder auch die Zugehörigkeit zur Organisation zu erstrecken, ja sogar Teile der Kartellbindung sind nach seiner Ansicht selbständig kündbar.[3])

Infolge dieser beiden wichtigen Einschränkungen kommt Friedländer trotz seiner grundsätzlichen gegnerischen Einstellung im wesentlichen zu demselben praktischen Ergebnis wie das Kartellgericht.

Der schärfste Gegner der kartellgerichtlichen Auffassung ist Jsay.[4]) Er verwirft die Theorie von der selbständigen Vertragskategorie und hält streng an der Einheitlichkeit des Gesamt-Kartellvertrages fest. Denn eine Trennung zwischen den Kartellbindungen mitsamt ihren Nebenverpflichtungen (z. B. den Vertragsstrafen, Schiedsgerichtsbestimmungen) und den übrigen organisatorischen Bestimmungen könne nicht gezogen werden.[5]) Die Sachlage sei eben nicht so, daß ein Vertrag entweder Gesellschaftsvertrag oder Kartellvertrag sei, sondern wenn ein Gesellschaftsvertrag typische Kartellpflichten enthalte, so fänden neben den für ihn geltenden Vorschriften des BGB. oder des GmbH-Gesetzes auch die Vorschriften der Kartellverordnung Anwendung. Ueber die Frage der rechtlichen Selbständigkeit eines Vertrages müsse der juristische Aufbau und, soweit danach eine Teilung möglich sei, der Wille der Parteien gemäß § 139 BGB. entscheiden. Beides spreche aber für die Einheit des Gesamtvertrages. Ebenso weise der Gedankengang der Verordnung auf ein Ausscheiden des kündigenden Mitgliedes hin. Abgesehen von der juristischen Unhaltbarkeit der Ansicht von Lucas und des Kartell-

---

2) Anmerkung zu §. 8 III, 1 S. 113.
3) *Friedländer* a. a. O. S. 114.
4) Insbesondere S. 110 ff. und S. 267.
5) Seite 110—111.

gerichtes sei diese auch praktisch nicht brauchbar und entspreche nicht der Billigkeit.[6])

Dieser Ansicht Jsays sind insbesondere Goldbaum,[7]) Jacusiel,[8]) Löwenberger,[9]) Krakenberger,[10]) Scholz[11]) und das Reichtsgericht[12]) gefolgt.

---

§ 7.

Der Wortlaut des § 1 der Verordnung.

Uebereinstimmung herrscht zunächst darüber, daß die Kündigung des § 8 nicht zur Auflösung der Ges. m. b. H. führt, sondern nur gegenüber dem Kündigenden wirkt. Hier greift der Gedanke des § 736 BGB, wonach die Kündigung auf das Ausscheiden des einzelnen Mitgliedes beschränkt werden kann, ein, der analoge Ausdehnung für unseren Fall erfordert. Es würde dem Zwecke der Verordnung widersprechen, wenn die Kündigung aus § 8 der Auflösung der ganzen GmbH, also des Kartells zur Folge hätte. Denn das Ziel der Verordnung ging auf Erhaltung der Kartelle unter Beseitigung ihrer schädlichen Auswüchse, nicht aber auf Zertrümmerung derselben.[1])

Streit herrscht nur darüber, *inwieweit* eine wirksame Kündigung aus den Kündigenden vom Vertrage befreit.

Auszugehen ist von der Begriffsbestimmung des § 1, auf die auch § 8 zurückgeht. Der Kündigung unterliegen nach § 1 solche Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten.

---

6) *Isay-Tschierschki:* a. a. O. Anm. 60 zu § 8.
7) *Goldbaum,* a. a. O. Anm. 5 zu § 8.
8) *Jacusiel,* in LZ. 1924 S. 476 ff.
9) *Löwenberger,* Zeitschr. f. HR. 89, 340 ff.
10) *Krakenberger,* G.m.b.H.R. 1926, 108.
11) *Scholz,* S. 60 A III c.
12) RG. in JW. 1927 S. 123.

1) Sg. *Friedländer* a. a. O. S. 104; *Goldbaum* a. a. O. S. 46; *Jsay* Anm. 60 zu § 8. *Brodmann,* zweite Auflage, Kom. zum G.m. b.H.Gesetz Anm. 8 c zu § 3. Die abweichende Ansicht *Hachenburgs* (Anm. 11a zum Exkurse zum § 3), die allein in der Literatur dasteht, widerlegt sich aus obigen Gründen.

Die Verordnung geht also grundsätzlich unter bewußter Außerachtlassung aller wissenschaftlichen Definitionen[2])[3]) davon aus, die Organisation jeder möglichen rechtlichen Form und wissenschaftlichen Struktur zu erfassen. Hierbei hatte man jedoch übersehen, daß diese Begriffsbestimmung eine doppelte Auslegung zuläßt, nämlich eine engere und eine weitere.[4]) Der § 1 kann dahin ausgelegt werden, daß der *ganze* Gesellschaftsvertrag, auch wenn er die dort aufgeführten Kartellpflichten nur zum Mitinhalt hat, der Kündigung unterliegt (weitere Auslegung) oder dahin, daß unter § 1 nur der Vertrag insoweit fällt, als er eben die Kartellpflichten enthält (engere Auslegung). Müßte man diese Fage nach dem einfachen Wortlaut entscheiden, so würde man zu einer einwandfreien Entscheidung nicht kommen. Der Wortlaut des § 1 ist sowohl mit der einen wie mit der anderen Ansicht zu vereinbaren..

---

§ 8.

Die Interpretation des § 8.

Erst die Entwicklung der Kündigung von dem Rechtszustande vor der VO. bis zur Aufnahme des § 8 in die VO. kann hierüber ein Bild geben; durch Prüfung der Frage nach dem Zweck des § 8 wird man Sinn und Bedeutung des § 1 ersehen können; erst dadurch, daß man sich klar macht, auf welche Lehren und welche Ansichten die Bestimmung in einem Gesetz zurückgeht, wird man sie recht würdigen können. Man muß also den Rechtszustand vor der Verord-

---

2) In diesem Sinne sagt *Tschierschky* im Wirtschaftsdienst 6 S. 139: „Zunächst sucht die Verordnung unter bewußter Außerachtlassung aller wissenschaftlichen Begriffsbestimmungen das ganze einschlägige Organisationsgebiet dadurch vollständig zu erfassen, daß sie in den §§ 1, 4 und 10 der VO. die wirtschaftliche und rechtliche Form der Organisation nur ganz allgemein bezeichnet. Hierdurch ist gegenüber der bekannten Anpassungsfähigkeit der Wirtschaft an veränderte Lagen die Möglichkeit gegeben, auch etwaige aus der Aufsicht erwachsende neue Zweckbildungen zu ergreifen".

3) Vgl. *Hirsch*: Die rechtliche Behandlung der Kartelle S. 33 ff.

4) § 1 a. E.

nung näher ins Auge fassen. Dieser war außerordentlich bunt. Die Frage, ob ein Kartell gekündigt werden konnte, mußte nach den für die einzelnen Rechtsgebilde geltenden Bestimmungen beantwortet werden. Unumstritten ließ man eine solche Kündigung bei der Form der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB.) oder des nichtrechtsfähigen Vereins (§ 54 BGB.) zu. Gemäß § 723 BGB. stand jedem Kartellmitgliede ein außerordentliches Kündigungsrecht zu, das über den Weg des § 736 BGB. nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern zum Ausscheiden des Kündigenden führte.[1]) Dies galt auch gemäß § 54 BGB. für den nichtrechtsfähigen Verein. Ein solches außerordentliches Kündigungsrecht bejahte die herrschende Lehre auch beim rechtsfähigen Verein in analoger Anwendung des § 723 BGB.[2]) Auch bei den in Form der Aktien-Gesellschaft gegründeten sog. Nutzungsgemeinschaften konnte das Mitglied nach Ansicht von Robert Fischer[3]) der Korporation gegen deren Willen den Austritt erklären, „wenn die Korporation dem Mitgliede die Erreichung des von diesem innerhalb und durch die Korporation angestrebten Zweckes nicht gestattete". Aeußerst umstritten war die Frage der Kündigung bei dem in Form einer GmbH. geschlossenen Kartell. Allerdings gab der § 61 des G.m.b.H.-Ges. ein solches außerordentliches Kündigungsrecht. Doch wegen seiner erschwerten Voraussetzungen konnte dieses nicht ein Korrelat für die schweren Kartellpflichten sein. Die Vorschrift des § 61 hatte zur Voraussetzung, daß der kündigende Gesellschafter mindestens $^1/_{10}$ des Stammkapitals besaß und daß der Grund der Kündigung in den Verhältnissen der Gesellschaft begründet lag. Ferner konnte diese Kündigung nur im Klagewege geltend gemacht werden und wirkte erst mit der Rechtskraft des Urteils. Wenn man ferner in Betracht zieht, daß diese Kündigung nur zur Auflösung der G.m.b.H., nicht zum Ausscheiden des Kündigenden führte, so erhellt wohl, daß diese durch § 61 gegebene Kündigungsmöglichkeit dem schwerfälligen Charakter einer kapitalistischen G. m. b. H., nicht aber den wirtschaftlichen Bedürfnissen einer Kartell-G. m. b. H. entsprach.

---

1) *Flechtheim* a. a. O. S. 267.
2) *Isay:* Studien S. 24.
3) *Robert Fischer:* Ehrenbergs Handbuch III, 1 S. 384 ff.

In der Praxis des Reichsgerichts war diesem Gesichtspunkt jedoch nicht Rechnung getragen. In streng formal-juristischer Rechtsprechung hielt das Reichsgericht auch trotz der nochmaligen Begründung Flechtheims in seiner Entscheidung vom 30. 10. 1923 daran fest, daß die gemäß § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.-Ges. als Nebenleistungen übernommenen Kartellpflichten nur ein Teil der Mitgliedschaftspflichten und als solche untrennbar mit den übrigen Pflichten verbunden sei; sie seien ebenfalls nach den Vorschriften des GmbH-Ges. zu beurteilen und ebenso unkündbar, wie das Gesellschaftsverhältnis.[4]) Hiergegen hat die herrschende Kartellrechtslehre unter Flechtheims Führung Stellung genommen.[5]) Sie bekämpfte den Standpunkt des Reichsgerichts als schädlich und wirtschaftlich unhaltbar. Bahnbrechend wirkte in diesem Kampf Hachenburg.[6]) Ueberzeugend hat er für die Nebenleistungs-G. m. b. H. dargelegt, daß die auf Grund des § 3 Abs. 2 des G.m.b.H.-Ges. übernommenen Nebenleistungen beim Kartell gerade die Hauptleistungen seien. Ohne diese sei ein Kartell überhaupt nicht denkbar. Es sei daher richtiger, in diesem Falle nicht von Nebenleistungen sondern Sonderleistungen zu reden. Aus dieser Sonderheit ergebe sich, daß für das Nebenleistungsverhältnis eine leichtere Kündbarkeit am Platze sein müsse, da die schwerfälligen Bestimmungen für die kapitalistische G.m.b.H. hierfür ihren Zweck verfehlten. Aehnlich wie Hachenburg sah auch Kaufmann in dem die Nebenleistungen betreffenden Teil des Gesellschaftsvertrages ein Sonderleistungsverhältnis, das nicht den besonderen, für die Kapitaleinlage geltenden Vorschriften unterstehe. Diese Sonderleistungspflicht könne sogar aufhören, während die Stammeinlage wegen ihrer Garantiefunktion unberührt bleibe.[7]) Deshalb sei die Kündigung dieses Sonderleistungsverhältnisses un-

---

4) Es sind dies die Entscheidungen vom 30. 10. 23 in Bd. 108 S. 22 und ferner Bd. 73 S. 429.

5) *Flechtheim* a. a. O. S. 286; *Roth* LZ. 1912 S. 266; *Kaufmann,* Sächs. Arch. 1912 S. 409, insbes. S. 419; *Staub-Hachenburg* § 3 Anm. 24; *Brodmann* in Ehrenbergs Handb. IV, II S. 192; *Fischer* ebendort III, 1 S. 384.

6) Kommentar zum G.m.b.H.Ges. § 3 Anm. 24 und 36; Exkurs zu § 3 Anm. 11.

7) Sächs. Archiv 1912 S. 414.

ter analoger Anwendung des § 723 BGB. zulässig. „Die Kündigung bringe das Sonderleistungsverhältnis des Kündigenden zum Erlöschen, berühre aber weder die Sonderleistungspflichten der übrigen, noch den Bestand der Gesellschaft". Die Folge sei, daß eine sog. kapitalistische Rumpfbeteiligung übrigbleibe, bei welcher der Kündigende mit seiner Stammeinlage weiterhin beteiligt sei.[8]) Die Lösung Kaufmanns, d. h. die Konstruktion eines Sonderleistungsverhältnisses hatte auch Flechtheim als die glücklichste und praktisch brauchbarste anerkannt.[9]) Er kam deshalb auch zu demselben Ergebnis und zwar auf dem Wege der ergänzenden Auslegung des Gesellschaftsvertrages. Er führt aus: „Die Aufzählung der Auflösungsgründe in dem § 60 und § 61 des G.m.b.H.-Ges. ist nicht abgeschlossen; die Satzung kann weitere Auflösungsgründe statutieren, insbesondere auch den Gesellschaftern ein Kündigungsrecht beim Vorliegen wichtiger Gründe einräumen. Eine solche Vereinbarung kann auch im Wege der Vertragsauslegung aus dem Zusammenhang der Bestimmungen und dem wirtschaftlichen Zweck des Vertrages gewonnen werden. Und da erscheint es doch angesichts der schwerwiegenden und langjährigen Bindung der Kartellmitglieder ausgeschlossen, daß sie sich der Willkür anderer preisgeben wollten".[10]) Zu demselben Ergebnis wie Kaufmann und Flechtheim kamen auch Robert Fischer,[11]) der den Mitgliedern der von ihm so benannten Nutzungsgemeinschaft den Austritt zubilligen will, wenn ihnen der angestrebte Zweck nicht gewährt wird; und Brodmann,[12]) der aus rein praktischen Gründen diesem Ergebnis zustimmt.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich also, daß die herrschende Kartellrechtslehre den Mitgliedern einer Kartell-G. m. b. H. ein außerordentliches Kündigungsrecht hinsichtlich des Sonderleistungsverhältnisses — nicht der G. m. b. H. — eingeräumt hatte. Im Gegensatz hierzu hatte sich die

---

8) Sächs. Arch. 1912 S. 419.

9) *Flechtheim* a. a. O. S. 292.

10) *Flechtheim* a. a. O. S. 93 ff. und S. 286.

11) *Robert Fischer* in Ehrenbergs Handbuch a. a. O. S. 384.

12) *Brodmann*, erste Auflage Anm. 8 zu § 3. In seiner zweiten Auflage (1930) hat er sich der Ansicht *Isays* angeschlossen. Anm. 8e zu § 3.

Praxis des Reichtsgerichts darauf beschränkt, die Mitglieder auf die Auflösungsklage des § 61 G.m.b.H.-Ges. zu verweisen. Diese Ansicht des Reichtsgerichtes mochte vor Inkrafttreten der VO. rechtlich einwandfrei sein, wurde aber den praktischen Bedürfnissen der Kartell-G. m. b. H. in keiner Weise gerecht.[13])

Hält man sich diesen Entwicklungsgang vor Augen, so hat man ein Hauptmoment mit für die Untersuchung der vorliegenden Streitfrage gefunden: Das Reichsgericht als zuständige Instanz hatte sich dem Gedanken eines außerordentlichen Kündigungsrechtes bei der Kartell-G. m. b. H. ablehnend gegenüber verhalten. Wollte man daher diesem unerträglichen Rechtszustand ein Ende machen, so ließ sich dieses nur durch Beseitigung der Zweifel, wie sie von dem Reichsgericht immer wieder hervorgehoben wurden, ermöglichen. Der Weg hierzu war der einer gesetzlichen Regelung. Daß diese Neuregelung in Anlehnung an § 723 BGB. erfolgen sollte, wie Friedländer behauptet, ist im Hinblick auf die Verschiedenartigkeit der Kartellrechtsformen unbestimmt ausgedrückt.[14]) Richtig ist daran, *daß* überhaupt ein außerordentliches Kündigungsrecht, wie der § 723 es vorsieht, auf alle Kartelle ausgedehnt werden sollte, unzutreffend dagegen, daß damit auch die Frage beantwortet werden soll, *wie* dies geschehen soll. Denn für die einzelnen Rechtsgebilde, wie z. B. die G. m. b. H. und A.G. konnte man nicht ohne weiteres die Prinzipien dieser Gesellschaftsformen untergraben und Bestimmungen aus dem Gesellschaftsrecht des BGB. auf diese anwenden. *In welcher Art und Weise* die Anwendung des § 723 BGB. auf die Kartell-G. m. b. H. vor sich ging, diese Frage beantwortete die herrschende Lehre unter Flechtheims Führung, und diesen Gedankengang nahm auch die neue Verordnung zum Ausgangspunkt. Man

---

13) Siehe die amtliche Begründung zum Inkrafttreten der Kartellverordnung: „Es ist deshalb wohl verständlich, daß Stimmen in der deutschen Wirtschaft laut wurden, die derartige Zustände scharf verurteilten und sogar die gänzliche Auflösung der Kartelle forderten."

14) *Friedländer* a. a. O. S. 48. Friedländer will damit scheinbar beweisen, daß dadurch die Wirkung des § 723 BGB., nämlich das gänzliche Ausscheiden des Kündigenden, auch durch den § 8 der VO. auf alle übrigen Rechtsformen ausgedehnt werden sollte.

hatte eingesehen, daß das praktische Bedürfnis eine Kündigungsmöglichkeit, wie sie die herrschende Lehre schon vor der Verordnung bejahte, erforderte. Und wenn man sich auch vor der Verordnung über etwaige rechtliche Bedenken nicht hinwegsetzen konnte, so hatte man doch de lege ferenda der Ansicht Flechtheims zugestimmt. So heißt es z. B. bei Hachenburg: eine andere Frage sei es, inwieweit de lege ferenda dem Gedanken der Kündbarkeit des Sonderleistungsverhältnisses bei der G. m. b. H. Rechnung zu tragen sei.

Diese Konstruktion also, die allein mit Rücksicht auf den Charakter der G. m. b H. eine Kündigung ermöglichte,[15]) hatte das Gesetz vor Augen, als es die viel umstrittene Kündigungsmöglichkeit bei der Kartell-G. m. b. H. aufnahm.[16])

Diesen Gesichtspunkt übersieht Jsay,[17]) wenn er der herrschenden Lehre vor Inkrafttreten der Verordnung praktische Werte beimißt, ihr aber jetzt jede innere Berechtigung abspricht; und ebenso Jacusiel[18]), nach dessen Ansicht die Verordnung an dem bisherigen Rechtszustand nichts geändert hat.

Wenn man deshalb bedenkt, daß die Verordnung auf die unter Flechtheims Führung vertretene Lehre zurückgeht, sie zum Ausgangspunkt nimmt und als das Ergebnis einer jahrelangen Entwicklung zum Gesetz macht, so ist klar, daß man die Wirkung der Kündigung aus § 8 auch nur unter Zugrundelegung dieser Lehre würdigen darf. Das heißt aber nicht anderes, als daß die Nebenleistungen (der sog. typische Kartellvertrag) selbständig der Kündigung unterliegen sollten.

---

§ 9.

Der Zweck der Kartellverordnung.

Dieses Ergebnis läßt vor allem auch das Ziel der Verordnung klar erkennen. Der Zweck der neuen Kartellverordnung ging nicht auf Beseitigung der Kartelle, sondern lediglich darauf, diejenigen Erscheinungen zu treffen, die als

---

15) § 10 der Arbeit.
16) *Lucas,* Kartellrundschau 1927. S. 12 ff.
17) *Jsay-Tschierschky* a. a. O. S. 267.
18) *Jacusiel* a. a. O. S. 674.

Mißbräuche wirtschaftlicher Machtstellungen anzusehen waren. Solche Mißbräuche waren die Erzeugungs- und Preispolitik, also die eigentlichen im § 1 näher bezeichneten Arten der Kartellpflichten. „Diese schädlichen Auswüchse des Kartellwesens mit aller Schärfe zu bekämpfen und durch ihre Reinigung der Anbahnung einer lauteren Geschäftsgebahrung, der Verbreitung rationeller Produktionsmethoden und einer Vereinheitlichung der Preisbildung zu dienen", war Ziel und Zweck der Verordnung. Die in den Kartellen enthaltenen wirtschaftlichen Kräfte wollte dagegen die Verordnung erhalten und der Wirtschaft dienstbar machen.

In diesen Worten spricht also die amtliche Begründung es klar aus: Sie will nicht gegen die Organisation vorgehen, sondern nur die Mißbräuche, wie sie im Laufe der Zeit durch die schädlichen Auswüchse der Kartellpolitik entstanden sind, beseitigen. Solche Mißbräuche sind die Erzeugungs-, Preis- und Absatzpolitik, also die den typischen Inhalt des Kartellverhältnisses bildenden Maßnahmen des § 1. Den Weg hierzu bieten die §§ 4 und 7 durch Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens und der § 8 durch Einführung der Kündigungsmöglichkeit.[1])

Die Kartellverordnung macht also, worauf Lucas[2]) besonders hinweist, vor den Organisationen selbst Halt und schaltet ihrer ganzen Tendenz nach die körperschaftlichen Beziehungen aus; sie beschränkt ihr Anwendungsgebiet nur auf die durch die Korporation hervorgerufenen kartellrechtlichen Bindungen. Diese Auffassung entspricht auch dem Wert der wirtschaftlichen Verbände und findet ihre Rechtfertigung in dem Zweck der Verordnung, die den Kampf für die Sicherug der Freiheit der Wirtschaft nur gegen den Mißbrauch der wirtschaftlichen Machtstellungen führt.

Dieser Zweck ergibt sich insbesondere auch aus § 10 der VO. Diese Bestimmung gibt dem Kartellgericht die Befugnis, auf Antrag des Reichswirtschaftsministeriums bestimmte Maßnahmen hinsichtlich der Geschäftsbedingungen oder Arten der Preisfestsetzung aufzuheben und die Kartellmitglieder *von Verträgen dieser Art* zu befreien. § 10 gibt

---

1) Auch *Friedländer* a. a. O. S. 268 gibt zu, daß dies offenbar der amtliche Standpunkt der Reichsregierung gewesen ist.

2) *Lucas,* Kartellrundschau 1927 S. 13.

also nicht etwa die Möglichkeit, die Kartelle selbst aufzulösen.

Hiermit im Einklang steht das weitere Ziel der Verordnung, auf dem Gebiete der Kündigung eine *einheitliche* Rechtslage zu schaffen. Mit der zweifelhaften und unklaren Rechtslage, die bislang wegen dieser Streitfrage bestand, sollte ein Ende gemacht werden. Ohne Unterschied der Rechtsform wollte sie für sämtliche Kartelle eine Kündigungsmöglichkeit geben, falls ein wichtiger Grund vorlag. Dieses Ziel würde nun aber bei der Kartell-G. m. b. H. illusorisch werden, wollte man sich dem Standpunkt des Kartellgerichts nicht anschließen und das *allen* Kartellrechtsformen gemeinsame Moment, — nämlich die typischen Kartellpflichten — nicht herausgreifen und einer selbständigen Kündigung unterwerfen. Dann würde nämlich der § 8 für die Kartell-G. m. b. H. nicht anwendbar sein; denn die G. m. b. H. als ganze kann als juristische Person nicht unter die Begriffsbestimmung des § 1 gebracht werden; denn diese bezieht sich, wie Lehnich-Fischer richtig ausgeführt haben, nur auf Verträge[3]). Eine G. m. b. H. ist aber kein Vertrag, sondern dem Vertrage gegenüber, der zu ihrer Entstehung geführt hat, etwas wesentlich Neues. Danach müßte der § 8 für die Kartell-G. m. b. H. unanwendbar sein, wenn man nicht mit dem Kartellgericht die in § 1 aufgezählten Kartellpflichten als einen besonderen Vertrag ansehen wollte. Durch die neue Verordnung wollte man das, was allen Kartellen ohne Rücksicht auf ihre Form gemeinsam war, nämlich die Kartellbindung, selbständig erfassen und der Kündigung unterwerfen. Deshalb konnte die Verordnung sich im § 1 allgemein ausdrücken.

Im übrigen würde es auch über den Zweck des Gesetzes hinausgehen, wollte man der Kündigung eine weitergehende Wirkung, also eine völlige Lösung des Kündigenden von dem Verbande beilegen. Die Einführung eines so weitgehenden Kündigungsrechtes liegt, wie Lucas[4]) mit Recht betont, außerhalb des Zweckes und des Rahmens der Verordnung. Der Umstand, daß das Gesetz so tief in das

---

3) Dabei mag dahingestellt bleiben, ob unter die Begriffsbestimmung des § 1 der Gesellschaftsvertrag oder nur der Kartellvertrag im technischen Sinne zu verstehen ist.

4) *Lucas*, DJZ. 1925 S. 38.

geltende Recht eingegriffen habe, ohne sich um die Wirkungen ihrer Anwendung auf das Vertragsrecht im geringsten zu kümmern, läßt im Gegenteil die Auffassung gerechtfertigt erscheinen, daß es an eine solche Ausdehnung des Kündigungsrechts nicht gedacht hat.

---

§ 10.

Das Verhältnis der Vorschriften der Kartellverordnung zu denen des G.m.b.H.-Gesetzes.

Diese vom Gesetz beabsichtigte und dem Zweck der Verordnung entsprechende Lösung des Kartellvertrages vom Gesellschaftsvertrage hat in rechtlicher Hinsicht ihren tieferen Grund in der Natur der zwingenden Vorschriften des G.m.b.H.-Gesetzes.

Die Verordnung hat Maßnahmen auf wirtschaftlichem Gebiete getroffen.[1]) Ihr Zweck liegt auf volkswirtschaftlichem Gebiete. Bei der kritischen Zuspitzung, die die Wirtschaftslage im Sommer 1923 angenommen hatte, mußte durch Eingreifen der Regierung eine Sanierung unternommen werden. Einen Grundstein hierzu sollte die Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen bilden. Diese wirtschaftliche Natur der Vorschriften der Verordnung verkörpert sich besonders in den § 4 und 7, wo der Verwaltung im Falle der Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls die Möglichkeit gegeben wird, auf Bestand und Entwicklung der Organisation einzuwirken.

Hieran ändert auch der § 8 nichts, der den einzelnen Mitgliedern einen individuellen Rechtsschutz gibt. Dabei ist nämlich besonders zu berücksichtigen, daß auch bei den Individualstreitigkeiten das Prozeßsubjekt auf der einen Seite eine Wirtschaftsorganisation ist, deren Aufgabe aus privatwirtschaftlichem Rahmen herausgehoben ist, und der volkswirtschaftlich und sozialpolitisch bedeutsame Funktionen zuerkannt sind[2]). Dieses letztere aber spricht gerade für den Charakter der Verordnung als Wirtschaftsgesetz dessen charakteristisches Merkmal es ist, privatrechtliche und öffentlichrechtliche Bestandteile in sich aufzunehmen.

---

1) Vgl. hierzu die amtliche Begründung, abgedruckt bei Friedländer S. 18.

2) *Goldbaum* a. a. O. S. 58.

Es fehlt jeder Grund, daß derartige wirtschaftliche Vorschriften ohne weiteres grundsätzliche Bestimmungen des Handelsrechts durchbrechen sollten. Solche grundsätzlichen Bestimmungen sind die Vorschriften über den Geschäftsanteil bei der G. m. b. H. Die Mitgliedschaft ist an den Geschäftsanteil gebunden. Diesen Anteil hat das kündigende Mitglied und besitzt ihn weiter, — wie auch Jsay anerkennt — trotzdem an sich die Kündigung für zulässig erklärt ist. Die Kündigung kann demnach nicht ohne weiteres das Ausscheiden des Mitgliedes aus der G. m. b. H. zur Folge haben. Es muß wegen der besonderen Vorschriften des G.m.b.H.-Gesetzes auch weiterhin Mitglied der Gesellschaft bleiben. Dies haben Jsay[3]) und auch das Reichsgericht[4]) eingesehen; folgerichtig hätten sie der hier vertretenen Auffassung zustimmen müssen. Indessen haben sie einen Ausweg gesucht und zu dem Behelf gegriffen, daß sie mit der Zulässigkeitserklärung der Kündigung „ein Ruhen der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten eintreten lassen wollen". Eine rechtliche Begründung für diese Ansicht führt das Reichsgericht weiter nicht an. Die rein praktischen Erwägungen, die das Reichsgericht zur Begründung anzieht, werden in § 12 zu erörtern sein. Das Ausscheiden des Mitgliedes soll sich nach Ansicht des Reichsgerichts im Wege der Amortisation (§ 34 G.m.b.H.-Ges.) vollziehen. Eine solche „Verlegenheitskonstruktion"[5]) ist jedoch nicht notwendig, wenn man den dargelegten Ausführungen folgt.

Eine weitere zwingende Vorschrift des G.m.b.H.Gesetzes ist die Bestimmung über die Erhaltung des Stammkapitals. Das einzige Befriedigungsobjekt der Gläubiger bildet das Stammkapital und deshalb soll es auch erhalten bleiben. Das Gesetz hat dieses der Verfügung der Gesellschafter entzogen. Deshalb heißt es im § 30: „Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausbezahlt werden." Würde aber nun nach Jsay-Tschierschky als Rechtsfolge der Kündigung ein Ausscheiden des Mitgliedes aus der Organisation eintreten, so würde das eine Umgehung dieses Grundsatzes sein. Denn

---

3) *Jsay* Anm. 60 zu § 8; vgl. außerdem *Feine* S. 358.
4) RG. in JW. 27, 123.
5) *Flechtheim,* Kartellrundschau 1927, S. 59.

dann müßte auch das Stammkapital zwecks Auszahlung oder sonstiger Vergütung des Ausscheidenden angegriffen werden.

Ein wichtiger Grundsatz des G.m.b.H.Gesetzes ist ferner die *Unkündbarkeit*. Das Gesetz läßt im § 61 nur die in Ziffer 1 bis 4 aufgezählten Gründe zu, die zur Auflösung der G.m.b.H. führen können; andere Gründe können nach Absatz 2 bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages in diesem noch festgesetzt werden. Der Grund hierfür liegt in der kapitalistischen Natur der G.m.b.H. Es ist deshalb auch verständlich, daß nur unter besonders erschwerten Voraussetzungen das Gesetz in § 61 den Gesellschaftern das außerordentliche Kündigungsrecht in Form der Auflösungsklage gegeben hat. Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht auch immer wieder hervorgehoben, und vor der Verordnung trotz der Flechtheim'schen Ansicht an seiner ablehnenden Stellungnahme festgehalten[6]).

Will man nun diese zwingenden Vorschriften nicht außerachtlassen, so müssen die Bestimmungen des G.m.b.H.-Gesetzes neben der Verordnung weiter ihre Geltung behalten. Das Ergebnis ist also, daß neben den Bestimmungen der Verordnung die Vorschriften des G.m.b.H.-Gesetzes bestehen bleiben. Das gibt auch Jsay[7]) zu; er will allerdings diese Grundsätze erst „im Rahmen der sich an die erfolgreiche Kündigung anschließenden Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem Kündigenden anwenden"[8]). Einer derartigen Konstruktion bedarf es jedoch nicht, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt.

---

§ 11.

Der Kartellvertrag als selbständiger Vertragstypus.

Die unverkennbare und durch die Natur der Vorschriften des G.m.b.H.-Gesetzes bedingte Absicht der Verordnung mußte dazu führen, den die typischen Kartellpflichten enthaltenden Vertragsteil als besonderen Kartellvertrag anzusehen und einer selbständigen Kündigung zu unterwerfen.

---

6) RG. 108/22.
7) *Jsay-Tschierschky* Anm. 60 zu § 8.
8) *Feine*, a. a. O. S. 358; *Jsay*, a. a. O. Anm. 60 zu § 8,

Nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts steht der Annahme eines selbständigen Kartellvertrages nichts im Wege. Es wehren sich deshalb auch die Gegner dieser Auffassung grundsätzlich nicht gegen diese Annahme. Denn das BGB. steht auf dem Standpunkte der Vertragsfreiheit und hat in seinem siebenten Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse nicht eine geschlossene Zahl von Schuldverhältnissen aufgestellt. Demnach läßt das BGB. die Annahme eines solchen durch die Kartellverordnung geschaffenen Vertragstypus zu. Ob man den sog. typischen Kartellvertrag als eine neue Vertragsart anerkennen kann, kann nur aus der Verordnung selbst heraus beantwortet werden.

In dieser Hinsicht ist bereits im § 9 ausgeführt, daß die Verordnung das allen Kartellen Gemeinsame, nämlich die Kartellbindung im § 1 der Verordnung hervorgehoben und einer besonderen Behandlung unterwerfen wollte. Hierdurch konnte auch der bisher verworrenen und unklaren Rechtslage ein Ende gemacht werden. Denn wenn man die typischen Kartellpflichten herausgreifen und die hierauf sich erstreckenden Bestimmungen als einen besonderen Vertrag behandeln wollte, so konnte die Verordnung dies ohne Rücksicht auf die Rechtsform des Kartelles tun. Daß dies offenbar der Standpunkt des Gesetzes ist, erkennt auch Friedländer[1]) an, und das betonen vor allem auch die Mitarbeiter der Verordnung: Lucas[2]), Lehnisch[3]) und Fischer.

Daß die Verordnung die Kündigung nicht auf den ganzen Vertrag, sondern nur auf die in ihm enthaltenen Kartellpflichten beziehen wollte, beweist vor allem auch die Tatsache, daß im § 1 Kartellverträge und Kartellbeschlüsse schlechthin einander gleichgestellt werden, ein Umstand, der von sämtlichen Gegnern der kartellgerichtlichen Auffassung übersehen wird. Wenn nun aber ein Kartellpflichten enthaltender Beschluß der G.m.b.H. gemäß § 1 und 8 der VO. ohne Rücksicht auf die Mitgliedschaft zur G.m.b.H. selbständig gekündigt werden kann, so ist kein Grund ersichtlich, „der es rechtlich unzulässig erscheinen lassen könnte, auch einzelne Kartellverpflichtungen zum Gegenstand der Kündigung aus § 8 der VO. zu machen, sofern diese im

---

1) *Friedländer* a. a. O. S. 268.
2) *Lucas* D.J.Z. 25, S. 38.
3) *Lehnisch-Fischer* a. a. O. Anm. 7 zu § 8.

Gesellschaftsvertrage enthalten sind“[4]). Es müßte unbillig erscheinen, wenn man die Kartellbindung nur dann der selbständigen Kündigung unterwerfen wollte, wenn sie ein Bestandteil eines Beschlusses ist, nicht aber dann, wenn sie im Gesellschaftsvertrage selbst mitenthalten ist.

Daß diese Annahme vom Kartellvertrag als einem selbständigen Vertrage gerade bei der G.m.b.H. berechtigt ist, ergibt sich aus der besonderen Natur der Nebenleistungen, die es ermöglicht, in Verbindung mit den bisher gewonnenen Ergebnissen den Kartellvertrag im technischen Sinne trotz der oft hervorgehobenen Einheit des Gesellschaftsvertrages als einen neuen selbständigen Vertrag neben dem Gesellschaftsvertrage anzuerkennen.

Um über die Frage der Einheit des Gesellschaftsvertrages und der Selbständigkeit des Kartellvertrages ein klares Bild zu bekommen, wird man nach den von Otto Fischer[5]) und Jacobi[6]) im „Problem der Neuheit und Identität „gewonnenen Ergebnissen auf den Zweck und den wahren Grund des Gesetzes zurückgehen müssen.

Die Eigenart der G.m.b.H. oder A.-G. liegt in ihrer Natur als Kapitalgesellschaft. Der Charakter einer o.H.G. ist dagegen individualistischer Natur. Dieser Gesellschaftsform kommt es nicht so sehr auf das Kapital, als vielmehr auf die persönliche Heranziehung der Gesellschafter für die Erfüllung des Gesellschaftszweckes an. Durch die Nebenleistungsverpflichtungen bei der G.m.b.H. oder der A.-G. erhalten diese einen mehr individualistischen Charakter. Der kapitalistische Zweck der A.-G. oder der G.m.b.H. wird in den Hintergrund gedrängt. Die Nebenleistungen sind kein Beitrag zum Kapital der Gesellschaft, sondern sie haben den Zweck, die Betriebe der einzelnen Unternehmungen wirtschaftlicher zu gestalten dadurch, daß sie ihre Erzeugnisse an diese abführen und von ihr in Form des Gewinns ihr Ent-

---

4) *Lucas,* Kartellrundschau 1927 S. 14.

5) *Fischer:* Das Problem der Neuheit und Identität in der Breslauer Festausgabe für Jhering 1893.

6) v. S. 48. *Jacobi:* Zeitschr. f. H.R. Bd. 72 S, 337: Das Problem der Neuheit und Identität im Bezug auf die Frage, ob der Vormann, der den Wechsel zurückerworben hat, sein altes Wechselrecht oder das Wechselrecht des Abgelösten gegen den Wechselschuldner geltend macht.

gelt beziehen. Eine derartige Vereinigung stellt, wie Robert Fischer[7]) mit Recht betont, keine Handelsgesellschaft, vor allem nicht eine Kapitalgesellschaft, sondern nur eine Nutzungsgemeinschaft dar.

Von diesem Grundgedanken ausgehend hat R. Fischer dann auch den besonderen Charakter dieser Nutzungsgemeinschaft oder sog. Nebenleistungsgesellschaft entwickelt. Das, was bei den Kapitalgesellschaften die Hauptsache war, nämlich das Kapital, tritt bei den Nebenleistungsgesellschaften in den Hintergrund, und die Nebenleistungen, d. s. die Leistungen der Erzeugnisse an die Organisation, bilden die Grundlage des Zusammenschlusses der Mitglieder. Die Lieferungsrechte und Pflichten der Mitglieder ergeben „die Beteiligungsziffer als Maß der gesellschaftlichen Stellung des einzelnen"[8]). Stammkapital und Stammeinlagen sind nicht einmal mehr Kreditbasis, sondern nur Mittel des Zusammenhaltens der Organisation.

Diesen Umständen muß auch die juristische Betrachtung Rechnung tragen[9]). Die wirtschaftliche Eigenart der Nebenleistungen bedingt auch eine rechtlich von der Kapitaleinlage unterschiedliche Behandlung. Das Stammkapital stellt das einzige Befriedigungsobjekt für die Gläubiger dar. Die Nebenleistungen dienen nicht diesem Zweck. Deshalb müssen die Vorschriften über die Stammeinlage auch eine strengere Behandlung erfahren, als die Bestimmungen über die Nebenleistungen. Das Nebenleistungsverhältnis ist entsprechend seinem individuellen Zug leichter lösbar. Es unterliegt der Anfechtung aus § 119 und § 123 BGB., während eine Kündigung oder Anfechtung einer Stammeinlage nach Eintragung in das Handelsregister nach der richtigen und herrschenden Ansicht nicht mehr möglich ist[10]). Auch eine Befristung oder Stundung wäre bei den Nebenleistungen möglich, bei der Stammeinlage jedoch ausgeschlossen.

Diese verschiedene rechtliche Behandlung der Neben-

---

7) *Robert Fischer:* Die Aktiengesellschaft in Ehrenbergs Handb. III, 1 § 11.

8) *Feine:* a. a. O. S. 340.

9) *Fischer* a. a. O. S. 46 ff.; *Feine* a. a. O. S. 341; *Brodmann* a. a. O. Anm. 8 zu § 3.

10) JW. 12, 340; *Kaufmann* a. a. O. S. 414. *Hachenburg* § 3 Anm. 25.

leistungen und der Kapitaleinlage bedingt auch eine leichtere Lösbarkeit des Sonderleistungsverhältnisses als des Gesellschaftsvertrages. Die auf Grund des § 3 Abs. 2 übernommenen Verpflichtungen entspringen zwar dem Gesellschaftsverhältnis. Dabei ist aber nicht zu verkennen, daß das Nebenleistungsverhältnis ein „auf sozialrechtlichen Grund gestelltes, an sich aber individualrechtliches Schuldverhältnis“[11]) ist. Auch das Reichsgericht gibt zu, „daß die gemäß § 3 Abs. 2 übernommenen Verpflichtungen zwar gesellschaftlicher Art sind, aber darum doch nicht ihres schuldrechtlichen Charakters entbehren[12]).

Grundsätzlich anwendbar auf die Nebenleistungsverpflichtungen sind deshalb die allgemeinen Vorschriften von Verzug, Nichterfüllung und positiver Vertragsverletzung[13]). Handelt es sich also um die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Leistung gegen Leistung, so finden die §§ 320ff. BGB. Anwendung[14]). Das ist überall da der Fall, wo das Kartellmitglied zur Lieferung seiner Erzeugnisse an die Kartell-G.m.b.H. verpflichtet ist. Hier handelt es sich um wiederkehrende Leistungen, also um einen sog. Sukzessivlieferungsvertrag. Ist ein Gesellschafter mit einer Lieferung im Verzug und leistet er trotz der ihm gesetzten Nachfrist nicht, so kann die Kartellorganisation von ihren Rechten aus § 326 BGB. Gebrauch machen. Wiederholt sich dieser Verzug oder liefert der Gesellschafter fortgesetzt schlechte Ware, so kann dem Verband die Fortsetzung eines solchen gegenseitigen Vertrages nicht mehr zugemutet werden, und man muß diesem aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung unter analoger Anwendung der §§ 325 ff. BGB. ein Rücktrittsrecht von den noch folgenden Leistungen, also von dem Sonderleistungsverhältnis als Ganzem zubilligen[15]).

---

11) *Feine* a. a. O. S. 346.

12) RG. 87, 265.

13) *Feine* a. a. O. S. 347ff., vor allem *Hachenburg* Anm. 25 und 34 zu § 3; *Kaufmann* a. a. O. S. 414; *Staub-Koenige* Exkurs zu § 346 N. 40 ff.; *Scholz* § 3 A III 3e.

14) Bzgl. fälliger Leistungen ist der Gesellschafter Gläubiger wie jeder andere.

15) *Hachenburg* Anm. 34 zu § 3; *Buchholz* Jherings Jahrb. 74, 321 ff.; *Kaufmann* a. a. O. S. 414; *Scholz* § 3 A III 3e; *Feine* a. a. O. S. 347.

Hierbei ergibt sich die interessante Folge, daß man infolge der verschiedenen rechtlichen Behandlung von Stammeinlage und Sonderleistung zu einer Auflösung des Sonderleistungsverhältnisses kommt. Durch Rücktritt des Verbandes tritt dieses Rechtsverhältnis außer Kraft. Dieser selbe Fall tritt bei einer erfolgreichen Anfechtung der Sonderleistungsverpflichtungen auf Grund des § 119 oder § 123 BGB. ein. In diesen Fällen wird der betreffende Gesellschafter nur von den Kartellpflichtigen frei, bleibt aber im übrigen Mitglied der Organisation. Seine Mitgliedschaft wird durch Befreiung von den Kartellpflichten nicht berührt. Er bleibt weiter Gesellschafter der G.m.b.H.

Diese Natur des Sonderleistungsverhältnisses läßt also in Verbindung mit dem Zweck der Kartellverordnung die Annahme des Kartellvertrages als eines neben dem Gesellschaftsvertrage stehenden selbständigen Vertragstypus zu. Vor Inkrafttreten der Verordnung mochte es zweifelhaft sein, ob die Eigenart des Sonderleistungsverhältnisses *allein* ausreichte, um dieses einer selbständigen Kündigung zu unterwerfen. Nachdem jedoch der Aufbau der Verordnung selbst auf eine derartige Regelung hinweist, können Bedenken wohl nicht mehr bestehen.

Steht aber damit fest, daß der Kartellvertrag als selbständiger Vertrag neben den Gesellschaftsvertrag tritt, so ergibt sich auch weiter aus der Natur der Kartellpflichten, daß der diese Kartellbindungen enthaltende Vertrag nicht etwa in dem Gesellschaftsvertrag aufgeht,[16]) denn der Kartellvertrag verkörpert bei dem Kartell den Hauptzweck, nämlich die Lieferung der kartellierten Erzeugnisse an die Organisation, während der Gesellschaftsvertrag oft nur Pflichten von untergeordneter Bedeutung (Beitragsleistung usw.) enthält. Man kann infolge dieser Zweckbestimmung der beiden Verträge nicht gut behaupten, daß der Kartellvertrag in dem Gesellschaftsvertrag aufgehe und mit ihm zu einem sog. gemischten Gesellschaftsvertrage verschmelze. Vielmehr bleiben beide Veträge selbständig nebeneinander bestehen.

---

16) *Höniger:* Gemischte Verträge S. 45 ff.; *Enneccerus* § 23 B 1 S. 297 und 300.

§ 12.

Die Einwirkung der Befreiung von den Kartellpflichten auf den Gesellschaftsvertrag.

Die Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse zeigt, daß der die Kartellpflichten und -rechte enthaltende Kartellvertrag allein der Kündigung unterliegt. Daß auf diese Weise für den kündigenden Gesellschafter ein Sonderrecht geschaffen werde und dieses Ergebnis deshalb dem Recht der anderen Gesellschafter auf gleichmäßige Behandlung widerspreche, wie Löwenberger[1]) meint, trifft nicht zu. Denn einmal handelt es sich hier um keine bevorrechtigte, sondern um eine der wirtschaftlichen Lage des Kündigenden angepaßte Stellung, die die schweren Kartellpflichten nicht mehr tragen konnte. Weiterhin erscheint es bedenklich, das als Vorrecht zu bezeichnen, was nur eine Folge des Gesetzes ist.[2]) Man nehme den Fall, daß die Kartellbindung in einem Kartellbeschluß der G. m. b. H. enthalten und dieser mit Erfolg von einem Mitglied gemäß § 1 und § 8 der VO. gekündigt ist. In diesem Fall wird der Kündigende unstreitig auch nur von der Kartellbindung frei; und doch wird niemand behaupten, daß er dadurch ein Vorrecht genießt, weil es das *Gesetz* ermöglicht.

Da nun nach der hier vertretenen Ansicht Kartellvertrag und Gesellschaftsvertrag selbständig nebeneinanderstehen, bleibt zu prüfen, inwieweit die erfolgreiche Kündigung des Kartellvertrages auf den Gesellschaftsvertrag einwirkt. Es hieße die Form über die Sache stellen, wollte man in den Fällen, in denen der wirtschaftliche Schwerpunkt des Kartells auf den Nebenleistungen beruht, den Kündigenden trotz der Befreiung von den Kartellpflichten im Verbande belassen. Das erkennt auch Lucas[3]) an. Das ausscheidende Mitglied selbst hat in diesem Falle auch an einem „Weiterverbleiben im Verbande" kein Interesse mehr. Es ist Aussenseiter geworden und nimmt möglicherweise gegen das

---

1) *Löwenberger* a. a. O. § 6 S. 333.

2) Eine Erörterung des Begriffes des Sonderrechtes wird sich unter diesen Umständen erübrigen. Denn es ist wohl die allgemein vertretene Ansicht, daß die Sonderrechte immerhin „Vorrechte" darstellen. Um solche Vorrechte aber handelt es sich vorliegend nicht.

3) *Lucas,* Kartellrundschau 1927 S. 19.

Kartell die schärfste Kampfstellung ein. Wenn es trotzdem noch in gesellschaftrechtlicher Hinsicht Mitglied des Verbandes bleiben müßte, würde man diesen Zustand mit Jsay als unmöglich bezeichnen müssen.

Diese zu Recht von Jsay und auch vom Reichsgericht[4]) erhobenen Bedenken müßten die Auffassung von der selbständigen Kündbarkeit des Kartellvertrages als praktisch unbrauchbar erscheinen lassen, wenn man jegliche Einwirkung der Befreiung vom Kartellvertrage auf die übrigen gesellschaftsrechtlichen Beziehungen verneinen wollte. Offenbar tun dies Lucas und die übrigen Anhänger der kartellgerichtlichen Auffassung. Denn nach ihrer Ansicht bleibt der kündigende Gesellschafter *ohne jede Einschränkung* Mitglied des Kartells. Dieses muß umsomehr stutzig machen, als Lucas selbst es „den Kern vernichten und die wertlose Schale erhalten" nennt, wenn man in Fällen, in denen die Sonderleistung den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Kartelle ausmacht, das Mitglied hiervon befreien, die Mitgliedschaft im übrigen aber fortdauern lassen wollte. Dieses wesentliche Zugeständnis hat Lucas nach der Veröffentlichung des Urteils des Reichsgerichts vom 2. 7. 1926 gemacht.[5])

Gründe der Billigkeit haben auch Friedländer veranlaßt, eine Mittelstellung einzunehmen und dem Küdigenden es zu überlassen, je nach seiner Wahl die Kündigung nur auf die Kartellpflichten oder aber auf die Mitgliedschaft zur Gesellschaft zu erstrecken. Diese Ansicht ist ungerechtfertigt. Denn danach ist es in das Belieben des Kündigenden gestellt, je nach seinem Vorteil sich zu entscheiden, ohne daß das Kartell oder der Verband einen Einfluß auf den Umfang der Kündigung hätte. Auch Friedländers weitere Argumentation kann nicht überzeugen. Man kann den § 7 Abs. 2 der VO., der dem Reichswirtschaftsminister die Befugnis gibt, den Kartellvertrag *teilweise* für nichtig zu erklären, nicht auf den § 8 der V.O. anwenden; denn „eine Uebertragung der Grundsätze der verwaltundsmäßigen Kündigung auf die pri-

---

4) RG. in JW. 27 S. 123.

5) Kartellrundschau 1927 Heft 1/2 Januar-Februar S. 19. *Lucas* erwähnt an dieser zitierten Stelle wiederholt das genannte reichsgerichtliche Urteil. In seinen früheren Abhandlungen (D.J.Z. 25 S. 38 und D.J.Z. 24 S. 25) hat er diese Einschränkung niemals gemacht.

vatrechtliche Kündigung“ ist abzulehnen[6]). Aber auch die weitere Argumentation Friedländers ist nicht durchschlagend. Er begründet seine Ansicht mit dem § 7 Abs. *2* der V.O., der sich auf § 7 Abs. 1 und deshalb auch auf § 4 Ziff. 1 u. *2* bezöge. Offenbar aber kann, wie Löwenberger[7]) mit Recht annimmt, sich § 7 Abs. *2* der V.O. nur auf den ersten Satz des § 7 Abs. 1 beziehen und dort ist nur auf § 4 Abs. 1 Ziffer 1, nicht aber Ziffer *2* verwiesen.

Die aus der kartellgerichtlichen Ansicht von den Gegnern gezogenen Folgerungen sind aber deshalb nur praktisch so unhaltbar, weil man die Folgen der Auflösung des Kartellvertrages auf den Gesellschaftsvertrag nicht berücksichtigt hat. Nach der hier vertretenen Ansicht bleiben beide Verträge selbständig nebeneinander bestehen. Wird einer aus irgend einem Grunde hinfällig, so erhebt sich die Frage, inwieweit die durch die Kündigung erwirkte Befreiung vom Kartellvertrage auf den Gesellschaftsvertrag einwirkt.

Diese Frage läßt sich aus dem Grundgedanken des § 139 BGB. beantworten, der auch dann zur Anwendung kommt, wenn eine Mehrheit von Rechtsgeschäftstypen — Kartellvertrag und Gesellschaftsvertrag — in Frage steht, die aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen derart zu einem Ganzen verbunden sind, daß sie nur als ein Ganzes gewollt erscheinen.[9]) Der Anwendung des § 139 BGB. steht im vorliegenden Falle nicht im Wege, daß diese Bestimmung grundsätzlich durch die Vorschrift des § 75 G.m.b.H.-Gesetzes ausgeschlossen ist.[10]) Denn die Eigentümlichkeit des § 75 des G. m. b. H.-Gesetzes liegt darin, die *Nichtigkeit* der G. m. b. H. nur aus den dort aufgezählten Gründen zuzulassen. Im vorliegenden Falle handelt es sich nur um das Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters aus dem Gesellschaftsvertrage. Der § 75 des G.m.b.H.-Gesetzes steht also hier der Anwendung des § 19 BGB. nicht entgegen.

Läßt sich aber der Grundgedanke des § 139 BGB. zur Anwendung bringen, so ergibt sich, daß das Ausscheiden aus

---

6) *Löwenberger* a. a. O. S. 335.
7) *Löwenberger* a. a. O. S. 334/35.
9) *Enneccerus:* Bd. 1, § 189, IV, e; RG. 79/439.
10) *Brodmann:* Anm. 1 zu § 75; RG. in JW. 16, 775.

dem Kartellvertrage auch das Ausscheiden aus dem Gesellschaftsvertrage nach sich zieht, falls der kündigende Gesellschafter den einen Vertrag nicht ohne den andern eingegangen wäre; daß aber andererseits der kündigende Gesellschafter im Verbande bleibt, wenn angenommen werden muß, daß er auch ohne Mitglied des Kartells zu sein, Mitglied der G. m. b. H. geworden wäre.

Dies letztere ist immer dann anzunehmen, wenn die Verpflichtung zur Nebenleistung von untergeordneter Bedeutung gegenüber den übrigen aus der Mitgliedschaft erwachsenden Rechten und Pflichten ist und die wirtschaftliche Bedeutung der Sonderleistungen für die Zwecke der G. m. b. H. nur unwesentlich ist. In diesen Fällen ist die sog. kapitalistische Rumpfbeteiligung das Wesentliche, weil das Kapital wieder in den Vordergrund tritt. War dies der Hauptgrund zum Beitritt zum Verband, so wird man auch gegen das Weiterbestehen der Mitgliedschaft trotz der Befreiung von den Kartellpflichten keine Bedenken erheben können. Hierin müssen auch die *Fälle* gerechnet werden, in denen das Kartell ein Fach- oder Arbeitgeberverband ist und die Interessen der Kündigenden auch weiterhin in dieser Eigenschaft vertreten kann.

In allen übrigen Fällen — und das ist ja wohl der Normalfall —, in denen die Kartellbindung das wesentliche ist, wird eine Befreiung von dieser Bindung auch das Aufhören der Mitgliedschaft zur Folge haben; denn das eine ohne das andere wäre sinnlos, und man müßte es in diesem Falle mit dem Reichsgericht als ein Unding ansehen, wenn man den kündigenden Gesellschafter noch weiterhin im Verbande belassen wollte.

---

§ 13.

Die hier vertretene Auffassung als billiges Ergebnis.

Das Weiterverbleiben im Verbande nach der Befreiung von den Kartellpflichten würde sich in der Weise regeln, daß das betreffende Mitglied nur die Rechte und Pflichten verlöre, die sich auf die Kartellbindungen bezögen. Bei Ausübung des Stimmrechts in diesen Fragen müßte es ausscheiden, ja es würde auch an einer solchen Sitzung nicht

teilnehmen können, in der derartige Fragen besprochen würden. Für die Beiträge, die es weiterhin zahlt, genießt es seine Mitgliedschaftsrechte.[1]) Sofern diese Beiträge zum Kampf gegen die Außenseiter verwendet werden, würde man zu einer entsprechenden Herabsetzung der Beiträge gelangen müssen, so daß auch insofern ein billiger Ausgleich gefunden werden könnte. Zudem ist zu berücksichtigen, daß die Fälle, in denen der Gesellschafter nach Kündigung des Kartellvertrages Mitglied der G. m. b. H. bleibt, selten sind.[2])

Daß diese grundsätzliche Beschränkung der Kündigung auf den Kartellvertrag der Billigkeit entspricht, ergibt sich auch aus folgendem Gesichtspunkt: Aus § 1 der VO. geht hervor, daß auch die Kartellbindungen im Beschluß der Kartellvereinigungen enthalten sein können. Setzt man nun den Fall, daß eine solche Kartellverpflichtung im Gesellschafterbeschluß enthalten ist, so kann diese Kartellbindung *unstreitig* selbständig gekündigt werden.[3]) Wäre dagegen die Kartellverpflichtung im Gesellschaftsvertrage enthalten, so würde nach der Ansicht Jsays und des Reichsgerichts eine selbständige Kündigung nicht möglich sein, trotzdem das Mitglied am völligen Ausscheiden kein Interesse hat. Danach würde also das Ausscheiden des Kündigenden aus dem Verbande von der Frage abhängen, ob die Kartellbindung Bestandteil eines Gesellschaftsvertrages oder Gesellschaftsbeschlusses bilde, also von einer ganz *zufälligen* Maßnahme. Ein unbilliges und ungerechtes Ergebnis.

Oder man setze weiter den Fall, daß die übernommenen Kartellverpflichtungen in einem besonderen Vertrage geregelt sind, oder daß ein später dem Verbande hinzutretender Gesellschafter über die Kartellpflichten einen besonderen

---

1) Es mag zugegeben werden, daß im einzelnen in der Praxis Schwierigkeiten eintreten können und die Erörterung in der Theorie ungleich leichter ist; demgegenüber ist jedoch zu bedenken, daß im Gesellschaftsvertrage zur Vermeidung derartiger Schwierigkeiten besondere Bestimmungen darüber getroffen werden können.

2) Vgl. § 12.

3) Es ist dies überhaupt eine sehr beliebte und häufige Art, in dem Gesellschaftsvertrage nur den äußeren Rahmen der Bindung zu bestimmen, den näheren Inhalt aber den Gesellschaftsbeschlüssen zu überlassen.

Einzelvertrag abschließt.[4]) Auch in diesem Falle würde nach der gegnerischen Ansicht nur deshalb Befreiung von den Kartellpflichen möglich sein, weil diese eben zufällig Bestandteil eines Beschlusses waren.

Oder aber es handelt sich um eine sog. Doppelgesellschaft, bei der also die Kartellpflichten in dem zivilrechtlichen Vertrage geregelt sind, während die Verkaufsstelle als G. m. b. H. organisiert ist. Auch in diesem Falle wäre eine selbständige Kündigung der Kartellbindung möglich, weil man zufällig die Form der Doppelgesellschaft gewählt hatte. Gerade aber diesen Zustand, daß die Kündigung nicht von der Form des Kartelles abhängig sein sollte, wollte man durch die neue Verordnung beseitigen. Dies war auch der Grund, weshalb Flechtheim sich der Kaufmanschen Ansicht anschloß, um damit dieses ungerechte Ergebnis, das durch Zufälligkeiten bedingt war, zu vermeiden. Ein derartiges Ergebnis kann nicht der Sinn einer wirtschaftlich praktischen Gesetzgebung sein. Der Umfang und die Wirkung einer Kündigung können nicht von derartigen Zufälligkeiten abhängig sein. War es nicht Zweck der Verordnung, eine Vereinheitlichung des bisher verworrenen und zerrissenen Zustandes herbeizuführen?

Auf der anderen Seite müßte jedoch die Beschränkung der Kündigung zu Unbilligkeiten führen, wenn man nicht die Einwirkung der Befreiung von den Kartellpflichten auf den Gesellschaftsvertrag in Betracht ziehen wollte. Dadurch würde man zu unbilligen Ergebnissen gelangen, wie sie immer wieder in der Literatur hervorgehoben sind.[5]) Gerade die Anwendung des § 139 BGB. ermöglicht es aber, ein gesundes Verhältnis und einen guten Ausgleich zwischen dem Kartellvertrag und dem Gesellschaftsvertrage herbeizuführen. Man muß deshalb in jedem Einzelfall auf diese Weise der Sache gerecht werden.

Es muß zugegeben werden, daß die vorliegend erörterte Streitfrage in allen ihren Folgerungen nicht klar vom Gesetzgeber durchdacht ist, und daß deshalb der Streit der Meinungen so bald nach Inkrafttreten der Verordnung einsetzen konnte. Die Erörterung hat auch gezeigt, daß im

---

4) Entscheidung Nr. 25 der Sammlung.
5) Vgl. § 12.

Einzelfalle praktische Schwierigkeiten zu überwinden sind, mag man sich auch der Ansicht des Kartellgerichts oder der Jsays anschließen. Diese Schwierigkeiten sind, wie Lucas[6]) mit Recht betont, in der Rechtslage begründet, und man wird prüfen müssen, ob die G. m. b. H. wirklich die allen Kartellbedürfnissen angepaßte Rechtsform ist. Die Praxis ist es gewesen, die sich die Nebenleistungs-G. m. b. H. ihren Zwecken entsprechend brauchbar gemacht hat. Sie wird auch imstande sein, eine Rechtsform zu finden, die den Forderungen der Wirtschaft ebenso Rechnung trägt, wie den Bestimmungen des Gesetzes.

---

6) *Lucas:* Kartellrundschau 1927 S. 20.

Lebenslauf.

Ich bim am 8. XII. 1902 als Sohn des Lokomotivführers Otto Homann zu Minden geboren. Nach dreijähriger Vorbereitungszeit auf der Volksschule habe ich seit 1912 das Friedrichsgymnasium zu Herford besucht und dort Ostern 1921 das Zeugnis der Reife erhalten. Seit dem Sommersemester 1921 habe ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zugewandt und nach sechssemestrigem Studium am 12. Jul 1924 vor dem Juristischen Prüfungsamt am Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung bestanden. Die zweite Staatsprüfung habe ich nach Abschluß der dreijährigen Vorbereitungszeit als Referendar vor dem Juristischen Landesprüfungsamt in Berlin am 16. IV. 1928 abgelegt. Seit dieser Zeit bin ich als Assessor im Dienst der Staatsanwaltschaft beschäftigt gewesen.